نظريّة الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

بحث مقارن

بقلم فضيلة الشيخ الدكتور / محمد رشيد قباني
عضو المجمع الفقهي بالرابطة
بيروت. لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين، وعلى آله وأصحابه والتابعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين. وبعد:

فإن الشريعة الإسلامية تنطوي على ثروة حقوقية كانت – ولا تزال– مرجع الحقوقيين الباحثين في العالم، ولقد أفاد هؤلاء جميعا بما في الشريعة من الأحكام والقواعد، ومن ذلك نظرية "،الظروف الطارئة " ، التي تعتبر إنجازاً مهما في القوانين الأوروبية الحديثة، وفي ذلك يقول الفقيه الفرنسي الأستاذ (لامبير)، في المؤتمر الدولي "للقانون المقارن" ، الذي انعقد بمدينة (لاهاي سنة ١٩٣٢م): "إن نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي تعبر – بصورة أكيدة وشاملة – عن فكرة يوجد أساسها في القانون الدولي العام في نظرية الظروف المتغيرة. وفي القضاء الإداري الفرنسي في نظرية الظروف المقارنة، وفي القضاء الإنجليزي فيما أدخله من المرونة على نظرية استحالة تنفيذ الالتزام، تحت ضغط الظروف الاقتصادية، التي نشأت بسبب الحرب، وفي القضاء الدستوري الأمريكي في نظرية الحوادث المفاجئة(١)" .

وقد دعا الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري أيضا إلى الأخذ بنظرية "الظروف الطارئة"استناداً إلى نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية؛ فقد جاء في مقاله الذي نشر عام ١٩٣٦م، بعنوان (وجوب تنقيح القانون المدني المصري) قوله :" على أن هذه النظرية عادلة ويمكن للمشرع المصري في تقنينه الجديد أن يأخذ بها استنادا إلى نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية، وهي نظرية فسيحة المدى، خصبة النتائج، تتسع لنظرية الظروف الطارئة، ولها تطبيقات كثيرة، منها: نظرية العذر في فسخ الإيجار، وقد

(١) نظرية الظروف الطارئة للدكتور عبد السلام الترمانيني ٣٥ ، ٣٦ على مجلة القانون والاقتصاد المصرية ، القسم الفرنسي ، السنة الثانية ، العدد (٥).

أصبحت نظرية الضرورة من النظريات الأساسية في الشريعة الإسلامية، وهي تماشي أحدث النظريات القانونية في هذا الموضوع(١).

وفي معرض آخر: عرض الدكتور عبد الرازق السنهوري أسلوب الفقه الإسلامي في معالجة الحوادث والمسائل، وبيّن في هذا الصدد أن الفقه الإسلامي عالج المسائل العملية مسألة مسألة، وقرر أحكاما لها، ولم يقم **بصياغة نظريات عامة لها وذلك لسببين:**

أولهما: أن الفقه الإسلامي - لا في نظرية الحوادث الطارئة، ولا في غيرها من النظريات - أَلِفَ وَضْعَ النظريات المتماسكة؛ وذلك أن الفقه الإسلامي - كالفقه الروماني وككل فقه أصيل - إنما يعالج المسائل مسألة مسألة، ويضع لها حلولا عملية عادلة، ينساب فيها تيار خفي من المنطق القانوني المتسق، وعلى الباحث أن يكشف عن هذا التيار، وأن يشيد نظرية متماسكة يسودها منطق قانوني سليم، من الحلول المتفرقة الموضوعة للمسائل المختلفة، وهكذا يبني بهذه الأحجار بناءً راسخَ الأركانِ.

والسبب الثاني: أن الفقه الغربي اضطر إلى وضع نظرية عامة للحوادث الطارئة؛ لأن قوة العقد الملزمة فيه قد بولغ فيها مبالغة دعت إلى تلمس الوسائل للتخفف منها؛ نزولا على مقتضيات العدالة، وكانت المبالغة تحت تأثير المذاهب الفردية، والتخفف تحت تأثير مذاهب التضامن الاجتماعي ، أما في الفقه الإسلامي- حيث مقتضيات العدالة تسود دائما عند تعارضها مع القوة الملزمة للعقد - فقد أمكن في ضوء هذه المقتضيات فتح ثغرات مختلفة في القوة الملزمة للعقد، دون أن يرى الفقهاء داعيا لوضع نظرية يرجع إليها في تبرير ذلك، مادامت مقتضيات العدالة هي التي يلجأ إليها عادة في هذا التبرير.

وإذا كان الفقه الإسلامي لم يشيد نظرية عامة للحوادث الطارئة للسببين اللذين قدناهما؛ فإنه قد عرف تطبيقات متنوعة لنظرية الحوادث

(١) المرجع السابق ١٠٦ .

الطارئة في مسائل مختلفة، أهمها: "الأعذار في عقد الإيجار، والجوائح في بيع الثمار" (١).

غير أن نظرية الظروف الطارئة هذه، لم يأخذ بها في القانون الوضعي سوى ثلاث تقنينات أوروبية حديثة؛ نظرا لحداثتها في التقنينات الوضعية، وهي: التقنين البولوني، والإيطالي، واليوناني(٢) . أما التقنينات العربية التي أخذت بهذه النظرية، فهي التقنين المصري، والسوري، والعراقي، والليبي، والكويتي(٣).

هذا، وقد كلفني المجمع الفقهي الإسلامي المنبثق عن رابطة العالم الإسلامي، في مكة المكرمة: أن أكتب في نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وهو موضوع كنت أرغب في الكتابة فيه كتابة مقارنة منذ سنين، فشرعت أكتب بعد هذا التكليف، فوجدت حلولا مماثلة، أو مشابهة، أو مقاربة في مبحث الجوائح في باب البيع، عند المالكية والحنابلة(٤) . وفي أحوال فسخ العقد للعذر في باب الإجارة ، عند الحنفية. وفي أحكام الطوارئ عند الفقيه ابن رشد من المالكية.

وقد رتبت هذا البحث على بابين، ونتيجة ذلك على النحو التالي:

---

(١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، للدكتور عبد الرزاق السنهوري ٩٥/٦ ، ٩٦ .

(٢) نظرية الظروف الطارئة، للدكتور عبد السلام الترمانيني ٣٤/٣٣.

(٣) المرجع السابق ١٠١ ، ١١٢.

(٤) المدونة في فقه الإمام مالك، الجزء ١٢ مجلد ٢٥/٥ وما بعدها ، والمغني لابن قدامة المقدسي، ٢١٥/٤ وما بعدها.

الباب الأول:

في نظرية الظروف الطارئة في القانون الوضعي، وفيه فصلان:

الفصل الأول: في تعريف نظرية الظروف الطارئة، والتطور التاريخي لها وفيه مبحثان:

المبحث الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة.

المبحث الثاني: التطور التاريخي لنظرية الظروف الطارئة.

الفصل الثاني: في شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، والجزاء المقرر فيها. وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: في شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

المبحث الثاني: الجزاء المقرر في نظرية الظروف الطارئة.

المبحث الثالث: مقارنة في شروط نظرية الظروف الطارئة ، والجزاء المقرر فيها في التقنينات التي أخذت بها.

الباب الثاني:

في نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي، وفيه فصلان:

الفصل الأول: في أحكام الأعذار أو الطوارئ. وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف العذر أو الطارئ.

المبحث الثاني: شروط تطبيق أحكام الأعذار أو الطوارئ.

المبحث الثالث: الجزاء في الأعذار أو الطوارئ.

الفصل الثاني: في أحكام الجوائح. وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الجائحة.

المبحث الثاني: شروط تطبيق أحكام الجوائح.

المبحث الثالث: الجزاء في الجوائح، ودليل مشروعيته.

نتائج البحث: مقارنة بين أحكام الظروف الطارئة في القانون الوضعي، وأحكام الأعذار والطوارئ وأحكام الجوائح في الفقه الإسلامي

الخاتمة:

ثبت المراجع: وفيه ذكرت الكتب المعتمدة التي رجعت إليها في إعداد هذا البحث، وأولها القرآن الكريم، ثم كتب الحديث وتفسيره ، وكتب الفقه الإسلامي، عند الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة، والكتب القانونية وغيرها.

أبيض

الـبـاب الأول
نظرية الظروف الطارئة
فـي
القـانـون الوضـعي
وفـيه فـصـلان:

الفصل الأول
في
تعريف النظرية والتطور التاريخي بها
وفيه مبحثان:

ابيض

المبحث الأول:

تعريف نظرية الظروف الطارئة

المقصود بالظرف أو الحادث الطارئ في هذه النظرية هو: (كل حادث عام، لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول على التعاقد، ينجم عنه اختلال بَيِّن في المنافع المتولدة عن عقدٍ يتواخى تنفيذه إلى أجل أو آجال، ويصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاقا شديدا ويتهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجار(١).

وذلك كخروج سلعة تَعَهَّدَ المدينُ بتوريدها من التسعيرة وارتفع سعرها ارتفاعاً فاحشاً غير مألوف ولا متوقع(٢).

وهنا تقول: نظرية الظروف الطارئة: " بأن القاضي له أن يوزع تبعة الحادث الطارئ بين طرفي العقد، ويرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، حتى يطيق المدين تنفيذه، يطيقه بمشقة، ولكن في غير إرهاق(٣).

لكن أول ما ينبغي التنبُّه إليه هنا هو: تمييز الحادث الطارئ عن القوة القاهرة في القانون الوضعي، برغم أن كلا منهما هو أمر غير متوقع الحصول عند التعاقد، ولا يمكن دفعه، إلا أنهما يختلفان من حيث إن القانون قد اشترط في الحادث الطارئ أن يكون عاما، ورتب عليه تعديل العقد، ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. بينما يمكن أن تكون القوة القاهرة حادثا فردياً أو عاما كان ينقضي بها الالتزام؛ لاستحالة التنفيذ(٤).

(١) نظرية الالتزام في القانون المدني للدكتور أحمد حشمت أبوسيت ٣١٦/١.
(٢) الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ٧٠٥/١.
(٣) المرجع السابق ٧٠٦/١ .
(٤) نظرية الالتزام في القانون المدني للدكتور أحمد حشمت أبوسيت ٣١٦،/١

المبحث الثاني:

التطور التاريخي لنظرية الظروف الطارئة

(أ) النظرية في العصور الوسطى:

ظهرت النظرية في ملامحها الأولى بالنسبة للقانون الوضعي في العصور الوسطى في القانون الكنسي[١] ، فقد كان رجال الكنيسة في العصور الوسطى يرتبون أثرا قانونيا على الحوادث الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين، حيث يقع هناك غبن على المدين المرهق ، والغبن لا يجوز، سواء عاصر تكوين العقد أو وجد عند تنفيذه؛ إذ هو ضرب من الربا المحرم في نظر الكنيسة لا يحل أكله ، وهو إثراء دون حق للدائن على حساب المدين المُرهَق[٢].

وقد اعتمد أصحاب مدرسة (بارتول Bartoliste) هذه الفكرة في القرن الثاني عشر الميلادي (السادس الهجري)[٣] ، وصاغوا منها القاعدة المعروفة ب(تغيُّر الظروف Robus sic stanibus) وهي تعني بأن العقد يفترض فيه شرط ضمني، يفترض أن الظروف الاقتصادية التي عقد في ظلها العقد تبقى قائمة عند تنفيذه، ولا تتغير تغيرا جوهريا؛ فإذا ما تغيرت ظروف العقد، الاقتصادية، وأدى تبدلها إلى إرهاق أحد المتعاقدين وجب تعديل العقد؛ ليزول الحيف الناشئ عن هذا التغيير المفاجئ، الذي لم يكن بحسبان المتعاقدين وقت التعاقد[٤] .

---

(١) أما في القانون الروماني فلا نسمع لها صدى إلا في أقوال الفلاسفة في أمثال : "شيسرون Ciceron" و "سينيك Seneque" (هامش الوسيط للسنهوري ٧٠٧/١).

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور عبد الرزاق السنهوري ٧٠٧/١.

(٣) الإشارة للتقويم الهجري بين القوسين؛ لبيان فضيلة السبق في أصول هذه النظرية للفقه الإسلامي، كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

(٤) الوسيط في القانون المدني، السنهوري ٧٠٧/١ ، ونظرية الظروف الطارئة، للدكتور عبدالسلام الترمانيني ١١١، وانظر أيضاً :

Traite Pratique de droit civil Francais par Andre de Laubardere (Obligation ler,P,527)

(ب) النظرية في التشريعات الأوروبية الحديثة:

بالنسبة لفرنسا لم يأخذ القانون المدني الفرنسي بنظرية الظروف الطارئة ، في حين أخذ بها القضاء الإداري الفرنسي اجتهاداً؛ تبعا لمقتضيات المصلحة العامة، ولقد أثرت الظروف التي أحدثتها الحربان العالميتان (الأولى والثانية) في الأوضاع الاقتصادية مما دعا بعض الدول التي جددت قوانينها إلى قبول نظرية الظروف الطارئة، بنص صريح في قوانينها؛ وأهم هذه القوانين :القانون البولوني، والقانون الإيطالي، والقانون اليوناني ، ولذلك سوف ندرس النظرية في هذه القوانين على التوالي كما يلي:

١- النظرية في فرنسا:

أولاً : النظرية في القانون الخاص (القانون المدني الفرنسي) :

تعتبر فرنسا أشهر البلاد عنادا في رفض نظرية الظروف الطارئة، وأكثرها صراحة وحرصا على التمسك بنظرية القوة الملزمة للعقد، وهي في ذلك تعبِّر عن وجهة نظر البلاد التي رفضت الأخذ بالنظرية؛ وذلك أن نظرية الظروف الطارئة ثغرة ينفذ منها القاضي إلى العقد، فينال من قوته الملزمة، ولقد ثبت القانون المدني الفرنسي الحديث على هذا الموقف، فلم يقر النظرية، لا فقهاً ولا قضاءً(١).

فلقد حاولت بعض المحاكم الفرنسية غداة صدور القانون المدني الفرنسي، وفي فترات متعاقبة خلال القرنين التاسع عشر والعشرين، أن تمس حرمة التعاقد، وتفتح ثغرة في قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)، بقبول نظرية الظروف الطارئة، فسدتها محكمة النقض الفرنسية، وقضت على هذه المحاولة، وأرست اجتهادها برفض النظرية كلما عرضت ، منذ صدور القانون المدني الفرنسي حتى اليوم(٢).

وعلى سبيل المثال: فقد أبت محكمة النقض الفرنسية أن تعدل عقدا

(١) الوسيط في القانون المدني، للدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ٧٠٨/١.
(٢) نظرية الظروف الطارئة، للدكتور عبد السلام الترمانيني ١٥ .

يرجع إلى القرن السادس عشر؛ حيث كان متفقا أن تروي مياه ترعة الأراضي المجاورة بمقابلٍ أصبح بعد أن تغيرت الظروف الاقتصادية تافهاً كل التفاهة[١] ؛ وذلك في قضية (قنال كرابون Canal de Crapon) الشهيرة.

ففي عام ١٥٦٧م تعهد المهندس (آدم دوكرابون Adam de crapon) بإرواء الأراضي العائدة لسكان منطقة (بليسان Pelissanne) ، لقاء مبلغ مقطوع بعملة ذلك الزمان، وبعد مضي ثلاثة قرون أضحى هذا المبلغ زهيدا، فتقدم (الماركيز دو كاليفه Marquis de Califet) الذي آلت إليه ملكية القنال، إلى محكمة (آكس Aix) ، وطلب تعديل العقد وإلزام المنتفعين من القنال بأجر إضافي، فاستجابت له المحكمة وقضت بطلبه، (ولكن محكمة النقض الفرنسية أصدرت بتاريخ ٦ آذار (مارس) ١٨٧٦م قرارا بنقضه) .

وقد أقامت محكمة النقض الفرنسية حجتها في نقض هذا الحكم وأمثاله على قوة العقد الملزمة، التي لا يجوز أن تنال منها الظروف الطارئة، مهما بلغ من تأثير هذه الظروف في إرهاق أحد المتعاقدين مادام التنفيذ ممكنا وغير مستحيل؛ لأن الإرهاق لا يؤلف استحالة (Pa- nest Oneorosite simpossibilite)

ولقد أصبح تمسك الاجتهاد المدني الفرنسي بشريعة العقد، ورفضه تطبيق نظرية الظروف الطارئة تقليداً راسخاً، فأقام، بينه وبينها حجابا لم تستطع بعض المحاكم التي تؤمن بالنظرية أن تنفذ منه، وباءت كل محاولاتها بالفشل[٢] .

ثانيا : النظرية في القانون العام (القانون الإداري الفرنسي):

أخذ القضاء الإداري الفرنسي بنظرية الظروف الطارئة، وطبقها خلال الحرب العالمية الأولى، بسبب تبدل الظروف الاقتصادية وتأثيرها في تنفيذ

(١) الوسيط في شرح القانون المدني، للدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ١/ ٧١٠.
(٢) نظرية الظروف الطارئة، للدكتور عبد السلام الترمانيني ١٥ – ١٨ ، وانظر أيضاً : Droit Civil , les Obligation (Dalloz) P. 404.

عقود التزام المرافق العامة؛ وذلك لضرورة تأمين النظام العام وسير المرافق العامة [١] . فقد كانت الحرب العالمية الأولى هي المناسبة التي أخذ القضاء الفرنسي فيها بهذه النظرية في قضية معروفة ، ثبت فيها أن شركة الغاز في مدينة (بوردو BORDO) كانت ملزمة بتوريد الغاز للمدينة بسعر معين، ثم ارتفع سعر الغاز عقب نشوب الحرب من ثمانية وعشرين فرنكا للطن في سنة ١٩١٣م إلى ثلاثة وسبعين فرنكا في سنة ١٩١٥م، ولما رفع الأمر إلى مجلس الدولة قضى بتعديل العقد بما يتناسب والسعر الجديد، ثم أعقب هذا الحكم أحكام أخرى في القضاء الإداري في هذا المعنى[٢] .

فقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي قيام الحرب وكل الصعوبات الطارئة، – التي تعيق الشركات المتعاقدة مع الدولة عن أداء مهمتها – من الحوادث الاستثنائية التي تستلزم تعديل شروط العقد، إذا تطلبت المصلحة العامة ذلك؛ لكي تتمكن الشركة المتعاقدة من الاستمرار في تأمين خدمة عامة لا يجوز توقفها أو انقطاعها.

وقد أخذ القضاء الفرنسي دون القضاء المدني بنظرية الحوادث الطارئة لسببين:

السبب الأول: أن الأقضية التي تعرض على القضاء الإداري تتصل اتصالا وثيقا بالصالح العام؛ ولذلك يحرص القضاء الإداري على أن يوفق في أحكامه بين التطبيق الصحيح للقواعد القانونية وبين مقتضيات المصلحة العامة ، فإذا نظر القضاء الإداري قضية – كقضية شركة الغاز التي أشرنا إليها – وجب أن يحسب حسابا للخدمة العامة التي تقدمها الشركة للجمهور؛ إذ هي تقوم بمرفق عام؛ فلا يجوز أخذها بالعنت، وإلا أفلست وقاسى الجمهور من ذلك أكثر ما يقاسيه فيما لو عُدِّلَ عقد الالتزام نزولا على حكم الحوادث الطارئة[٣].

السبب الثاني : أن القضاء الإداري ليس مقيدا بنصوص تشريعية كالقانون المدني فهو يتمتع بكثير من الحرية والسلطات الواسعة، التي تجعل بعض أحكامه أقرب إلى التشريع كما تيسر له أن يماشي تطور الظروف[٤].

---

(١) Traite De Droit Administartif 1, P. 277.

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور عبد الرزاق السنهوري ٧١٤/١.

(٣) المرجع السابق ٧١٤/١ ,

(٤) المرجع السابق / نفس الموضع.

٢- النظرية في القانون النظري البولوني : (الصادر في أول كانون الثاني ١٩٣٤م):

كان التقنين البولوني أول تقنين حديث اشتمل على نص عام في نظرية الظروف الطارئة، فقد نص في المادة (٢٦٩) منه على ما يلي:

"إذا وجدت حوادث استثنائية - كحرب أوروبا، أو هلاك المحصول هلاكا كليا، أو غير ذلك من النوازل الطبيعية - فأصبح تنفيذ الالتزام محوطا بصعوبات شديدة، أو صار يهدد أحد المتقاعدين بخسارة فادحة، لم يكن المتعاقدان يستطيعان توقعها في وقت إبرام العقد، جاز للمحكمة - إذا رأت الضرورة لذلك؛ تطبيقا لمبادئ حسن النية، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين - أن تعين طريقة تنفيذ الالتزام، أو أن تحدد مقداره، بل وأن تقضي بفسخ العقد"(١).

ويبدو لنا من هذا النص أن التقنين البولوني لم يحصر معالجة الالتزامات المرهقة حالة الظروف الطارئة، برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بل ترك للمحكمة تعيين طريقة تنفيذ الالتزام ومقداره بل والحكم بفسخ العقد والالتزام إذا رأت المحكمة ضرورة لذلك.

٣- النظرية في القانون المدني الإيطالي: (المعدل في عام ١٩٤٢م):

يلي التقنين الإيطالي الجديد التقنين البولوني في الأخذ بنظرية الظروف الطارئة، فنص في المادة (١٤٦٧) منه على ما يأتي:

" في العقود ذات التنفيذ المستمر، أو التنفيذ الدوري، أو التنفيذ المؤجل، إذ أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقا على أثر ظروف استثنائية جاز للمتعاقد المدين بهذا الالتزام أن يطلب فسخ العقد، وللمتعاقد الآخر أن يدرأ طلب الفسخ بأن يعرض تعديلا لشروط العقد بما يتفق مع العدالة"(٢).

ويلاحظ من هذا النص أن القانون المدني الإيطالي ترك للمتعاقدين تحديد طريقة معالجة الالتزام المرهق وجعلها إما الفسخ بطلب المدين المرهق، أو بتعديل شروط العقد بطلب مقابل من المتعاقد الآخر.

(١) الوسيط في القانون المدني، للدكتور عبدالرزاق السنهوري، ٧١٦/١ .
(٢) المرجع السابق - نفس الموضع.

٤- النظرية في القانون اليوناني:

أخذ التقنين المدني اليوناني أيضا بنظرية الظروف الطارئة، فنص في المادة (٣٨٨) منه على ما يلي:

"إذا طرأ حادث استثنائي غير متوقع على العقد المبرم، وفقا لما أوجبه حسن النية، ويتفق مع العرف في المعاملات، وكان من شأنه أن يجعل التزامات الطرفين المتعاقدين مرهقة، تزيد على الحد المألوف، فيجوز للمحكمة – بناء على طلب المدين – أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ولها أن تقضي بفسخ العقد كله ، أو تفسخ الجزء الذي لم ينفذ منه، فإذا قضت المحكمة بفسخ العقد انقضت التزامات الطرفين، وعلى كل منهما أن يعيد إلى الآخر ما أداه إليه، وفقا للأحكام المتعلقة بالإثراء بلا سبب[١] .

ويلاحظ من هذا النص أن القانون المدني اليوناني ترك للقاضي هنا تحديد طريق معالجة الالتزام المرهق، وجعلها إما رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، أو فسخ العقد كله أو الجزء الذي لم ينفذ منه.

النظرية في التقنينات العربية:

لقد ظلت أكثر البلدان العربية جزءا من الدولة العثمانية حتى نهاية الحرب العالمية الأولى ١٩١٨م، وكانت البلاد تطبق أحكام المجلة (مجلة الأحكام العدلية) التي صدرت في تركيا عام ١٨٧٦م، والتي تعتبر بمثابة القانون المدني، وفقا لأحكام المذهب الحنفي في الشريعة الإسلامية، وقد أخذت المجلة بنظرية العذر، فنصت المادة ٤٤٣ منها على جواز فسخ الإجارة عند حدوث مانع لإجراء موجب العقد، انحصرت تطبيقات النظرية في حدود ما يعتبره فقهاء المذهب الحنفي عذرا في فسخ الإجارة.

ولقد بقيت أحكام "المجلة" مطبقة أمدا بعيدا في البلاد العربية، حتى بعد انفصالها عن الدولة العثمانية، ولم تلغ أحكامها إلا في البلاد التي

(١) نظرية الظروف الطارئة، للدكتور عبدلسلام التومانيني ص٣٣ .

اختارت قانونا وضعياً خاصاً بها؛ ولذلك سوف نعرض هنا لوضع نظرية الظروف الطارئة في التقنيات العربية اللاحقة، على "المجلة" على النحو التالي:

١- **النظرية في القانون المدني المصري**: (الصادر في ١٦ يونيو "حزيران" ١٩٤٨م):

أخذ القانون المدني المصري الجديد بنظرية الظروف الطارئة؛ فنصت المادة (١٤٧) منه على ما يلي:

١- العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون.

٢- ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقُدِي ، وأن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك[1].

٢- النظرية في القانون المدني السوري:

كانت سورية إحدى الولايات العثمانية؛ لذلك كانت تخضع لأحكام "المجلة" كغيرها من الولايات العثمانية، ومع أن سوريا ولبنان يومها كانا يؤلفان وحدة تشريعية في القوانين الأساسية، إلا أن لبنان قد اتجه وحده بعد ذلك إلى إبدال أحكام "المجلة" بقانون وضعي للموجبات والعقود، ولم تنجح المحاولات التي ظهرت في سورية لقبول القانون اللبناني، بسبب مصادره الغريبة عن الفقه الإسلامي، ثم صدر القانون المدني السوري بعد ذلك في ١٨ أيار (مايو) ١٩٤٩م، وما زال مطبقاً حتى الآن دون تعديل، وقد أخذ هذا القانون أحكام الالتزامات والعقود من القانون المدني المصري الجديد، فدخلت بذلك نظرية "الظروف الطارئة" بالنص الوارد في القانون المصري، وأخذت النظرية مكانها في القانون المدني السوري بالمادة (١٤٨)[2].

(١) المرجع السابق، ص١٠٥ .
(٢) نظرية الظروف الطارئة للدكتور عبدالسلام الترمانيني، ص١١١ .

٣- النظرية في القانون المدني العراقي:

تألفت في العراق عام ١٩٤٣م لجنة برئاسة الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، فأنجزت مشروع القانون المدني العراقي بعد ثلاثة أعوام، ووافق عليه مجلس الأمة بتاريخ ٨ أيلول (سبتمبر) ١٩٥١م ، على أن يطبق بعد سنتين من تاريخ نشره ، وقد أخذ القانون العراقي الجديد في المادة / ١٤٦ منه بقاعدة الحوادث الطارئة ، واختار لها النص الوارد في المشروع التمهيدي للقانون المصري(١).

٤- النظرية في ليبيا:

صدر القانون المدني الجديد في ليبيا في الثامن والعشرين في شهر نوفمبر (تشرين الثاني) ١٩٥٣م وقد اقتبس هذا القانون من القانون المدني المصري الجديد مع اختلاف يسير ، فأخذ بنظرية الظروف الطارئة ونص عليها في المادة (١٤٧) وهي تتفق في نصها مع النص الوارد في القانون المصري والسوري معاً(٢).

٥- النظرية في قانون التجارة الكويتي:

صدر في الكويت قانون للتجارة في الثالث من شهر يناير (كانون الثاني) ١٩٦١م ، وقد تضمن هذا القانون في الكتاب الثاني منه مصادر الالتزام آثاره ، وفيه تتفق مع نص المادة ١٤٦ من القانون المدني العراقي المأخوذ من النص الوارد في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري(٣).

٦- النظرية في لبنان:

رفض الاجتهاد القضائي في لبنان تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، مقتدياً في ذلك بالاجتهاد الفرنسي ، وقرر أن تنفيذ العقد ملزم للمتعاقدين ، ما لم يكن مستحيلاً استحالة مطلقة بسب قوة قاهرة غير متوقعة ، ولم يعتبر صعوبة التنفيذ لظروف طارئة من الأسباب الداعية لإسقاط الموجب أو انقضاء الالتزام أو تعديله(٤).

---

(١) نظرية الظروف الطارئة للدكتور عبدالسلام الترمانيني، ص١١١-١١٢ .
(٢) المرجع السابق، ص١١٢ .
(٣) المرجع السابق، نفس الموضع.
(٤) المرجع السابق ص١١٣ ، ١١٤ .

أبيض

الفصل الثاني
في
شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة
والـجـزاء فـــيها
وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

لنظرية الظروف الطارئة شروط أربعة يلزم توافرها لتطبيق النظرية، ولكن القانون المدني المصري الجديد لم يأخذ بالشرط الأول منها، وهي كما يلي:

- الشرط الأول :أن يكون العقد الذي تثار النظرية بشأنه متراخيا:

وذلك أن طروء حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاهد- كما هو نص القانون - يقتضي أن تكون هناك فترة تفصل ما بين صدور العقد وتنفيذه[١] ، على أن العقد إذا كان غير متراخ ، ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة عقب صدوره مباشرة - وإن كان ذلك لا يقع إلا نادرا - فليس يوجد ما يمنع من تطبيق النظرية؛ ولهذا آثر التقنين المصري - مقتديا في ذلك بالتقنين البولوني - أن يسكت عن شرط التراخي[٢] فهو شرط غالب في نظره لا شرط ضروري[٣].

الشرط الثاني: أن تَجِدَّ بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة:

مثل زلزال، أو حرب، أو إضراب مفاجئ، أو قيام تسعيرة رسمية، أو إلغاؤها، أو ارتفاع باهظ في الأسعار، أو نزول فاحش فيها، أو وباء ينتشر، أو جراد يزحف أسرابا ، ويظهر من هذه الأمثلة أن الحوادث لا بد أن تكون استثنائية يندر وقوعها ، ولم يأت النص المصري على ذكر أمثلة لها تاركا ذلك للفقه والعمل[٤].

(١) على أنه إذا كان تراخي التنفيذ يرجع إلى خطأ المدين، كما إذا كان التنفيذ واجباً فوراً ، ولم يكن الحادث قد طرأ عند ذلك ، وأهمل المدين في التنفيذ حتى طرأ الحادث لم يجز له أن يفيد من إهماله ، ومن ثم لا يجوز له أن يتمسك بنظرية الظروف الطارئة (نقض مدني ٣ يناير ١٩٦٣م ، مجموعة أحكام النقض١٤ - رقم٣ - ص٣٧ الوسيط في القانون المدني الجديد، للدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ٧١٨/١).

(٢) أما التقنين الإيطالي فقد نص على هذا الشرط ، بل عدد أنواع العقود التي تُطبَّق فيها النظرية ، وهي العقود ذات التنفيذ المستمر ، أو ذات التنفيذ الدوري ، أوالعقود ذات التنفيذ المؤجل ، ويجمع هذه العقود أن هناك فاصلاً زمنياً فيها ما بين صدور العقد وتنفيذه ، فهي عقود متراخية (الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، للدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ٧٢٠/١).

(٣) الوسيط في شرح القانون المدني، للدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ٧١٨/١ .

(٤) وكذلك فعل التقنين الإيطالي ، أما التقنين البولوني فقد مثل للحوادث الطارئة بالحرب ، والوباء، وهلاك المحصول هلاكاً كلياً (الوسيط في شرح القانون المدني، للدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ٧٢٠/١).

وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المصري الجديد يقتصر على اشتراط أن تكون الحوادث استثنائية فقط، كما فعل التقنينان (البولوني والإيطالي) ولكن لجنة المراجعة؛ رغبة منها في تضييق نطاق نظرية الحوادث الطارئة، حتى لا تزعزع كثيراً من القوة الملزمة للعقد، اشترطت أن تكون الحوادث الاستثنائية عامة، فتكون الحوادث الاستثنائية الخاصة بالمدين، كإفلاسه ، أو موته، أو اضطراب أعماله ، أو حريق محصوله، غير كافية لتطبيق الظروف الطارئة(١)، بل إن عدم الاعتداد بأي ظرف طارئ خاص بالمدين ضمان لعدم الغش من جانبه بادعائه خلاف الواقع(٢).

الشرط الثالث : أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية العامة ليس في الوسع توقعها ولا دفعها.

وعليه فإذا أمكن توقعها فلا سبيل لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة، فَفَيَضَانُ النيل (إلا إذا كان فيضاناً استثنائياً) ، واختلاف سعر العملة، وانتشار دودة القطن، كل هذه حوادث في الوسع توقعها؛ ويتفرع على أن الحادث الطارئ لا يمكن توقعه أن يكون أيضاً مما لا يستطاع دفعه؛ فإن الحادث الذي يستطاع دفعه يستوي في شأنه أن يكون متوقعاً أو غير متوقع، ولا يكون حينئذ حادثاً.

الشرط الرابع : أن تجعل هذه الحوادث الطارئة تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلاً.

وهنا يظهر الفرق بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة ، فهما – وإن كانا يشتركان في أن كلا منهما لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه – إلا أنهما يختلفان في أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، فينقضي بها الالتزام، بينما الحادث الطارئ يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً فحسب ، فيرد القاضي الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، فتتوزع الخسارة بين الدائن والمدين ، ويتحمل المدين شيئاً من تبعة الحادث.

---

(١) الوسيط في شرح القانون المدني، للدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ٧٢١/١.

(٢)النظرية العامة للالتزام، للدكتور أنور سلطان ٣٨٢/١ .

ويلاحظ هنا أن الإرهاق الذي يقع فيه المدين من جراء الحادث الطارئ، معيار مرن، ليس له مقدار ثابت ومحدد، بل يتغير بتغير الظروف ، فما يكون مرهقاً لمدين قد لا يكون مرهقاً لمدين آخر، وما يكون مرهقاً لمدين في ظروف معينة قد لا يكون مرهقاً لنفس المدين في ظروف أخرى، لكن المهم في هذه الحال أن يصبح تنفيذ الالتزام بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة، فالخسارة المألوفة في التعامل لا تكفي؛ لأن التعامل كسب وخسارة[١].

(١) المرجع السابق ٧٢٣/١ .

المبحث الثاني:

الجزاء في نظرية الظروف الطارئة

إذا توافرت الشروط المتقدمة (جاز للقاضي - تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين - أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك)[١].

ولذلك فصلاحية القاضي برد الالتزام إلى الحد المعقول واسعة، فهو قد يرى زيادة الالتزام المقابل، أو إنقاص الالتزام المرهق، أو وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ.

- **فهو قد يرى وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ** إذا كان الحادث وقتياً يقدر له الزوال في وقت العصر، كما إذا تعهد مقاول بإقامة بناء، وارتفعت أسعار بعض مواد البناء ارتفاعاً فاحشاً، لكن يوشك أن يزول لقرب فتح باب الاستيراد مثلاً، فيوقف القاضي التزام المقاول بتسلم المبنى في الموعد المتفق عليه، حتى يتمكن المقاول من القيام بالتزامه دون إرهاق، إذا لم يكن في وقف التنفيذ هنا ضرر جسيم يلحق صاحب المبنى[٢].

- **وقد يرى زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق** ، كما إذا تعهد تاجر بتوريد ألف إردب من الشعير، بسعر ستين قرشاً للإردب، فيرتفع السعر إلى أربعة جنيهات، فيرفع القاضي السعر الوارد في العقد، **ولكن يلاحظ هنا أمران:**

الأمر الأول: أن القاضي لا يرفع السعر الوارد في العقد إلى أربعة جنيهات، وإلا كان في ذلك تحميل للطرف الآخر، ليس فقط تبعة الارتفاع الفاحش للأسعار بأكمله، بل أيضاً تبعة الارتفاع المألوف.

الأمر الثاني: أن القاضي عندما يرفع السعر لا يفرض على الطرف الآخر أن يشتري بهذا السعر، بل يخيره أن يشتري به أو يفسخ العقد، فإذا

(١) هذه العبارة بين القوسين هي الجزء الأخير من الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدني المصري الجديد.

(٢) المرجع السابق ٧٢٥/١ والنظرية العامة للالتزام، للدكتور توفيق حسن فرج ، ٢٥٩.

اختار الفسخ كان هذا أصلح للمدين؛ إذ يرتفع عن عاتقه بذلك كل أثر للحادث الطارئ.

- **وقد يرى أيضاً: إنقاص الالتزام المرهق** : كما إذا تعهد تاجر بتوريد جميع كميات كبيرة من السكر، لمصنع من مصانع الحلوى بالتسعيرة الرسمية، ثم قل المتداول من السكر في السوق إلى حد كبير لحادث طارئ، كحرب منعت استيراد السكر، أو إغلاق بعض مصانع السكر، فيصبح من العسير على التاجر توريد جميع الكميات المتفق عليها؛ فللقاضي في هذه الحالة أن ينقص من هذه الكميات بالمقدار الذي يراه، حتى يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، فيصبح ملتزماً بتوريد الكميات التي عينها القاضي لا أكثر(١).

ويلاحظ في حالتي (إنقاص الالتزام المرهق، وزيادة الالتزام المقابل) أن القاضي يرد الالتزام إلى الحد المعقول بالنسبة للحاضر فقط، ولا شأن له بالمستقبل؛ لأنه غير معروف؛ فقد يزول أثر الحادث الطارئ، فيرجع العقد إلى ما كان عليه قبل التعديل، وتعود له قوته الملزمة كاملة كما كان في الأصل.

(١) الوسيط في شرح القانون المدني، للدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ٧٢٧/١ .

المبحث الثالث

مقارنة في شروط نظرية الظروف الطارئة والجزاء المترتب عليها في التقنينات التي أخذت بها

(أ) مقارنة في شروط النظرية في التقنينات التي أخذت بها:

اتفقت التقنينات الوضعية التي أخذت بنظرية الظروف الطارئة، أن يكون الحادث الطارئ الذي تطبق النظرية بصدده، عاماً واستثنائياً ، وغير متوقع الحصول، وغير ممكن الدفع، كالحرب، والوباء، وهلاك المحصول، وغير ذلك من النوازل الطبيعية ، ومن شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً، ومحوطاً بصعوبات شديدة، لا مستحيلاً؛ وذلك أن استحالة التنفيذ لا تخضع في القانون الوضعي لنظرية الظروف الطارئة، وإنما تخضع لنظرية القوة القاهرة التي ينقضي بها الالتزام؛ لاستحالة التنفيذ قولاً واحداً.

أما بالنسبة لشرط التراخي، ، فإن القانون الإيطالي - فقط -، قد اشترط أن يكون العقد هنا مستمر التنفيذ، أو دورياً، أو مؤجلاً. أما القانونان (البولوني ، واليوناني) والقانون المصري والتقنينات العربية التي أخذت عنه، فإنها لم تشترط التراخي بالنص؛ ولذلك فليس فيها ما يمنع من تطبيق النظرية، إذا كان العقد غير متراخ، وطرأت عقب صدوره مباشرة حوادث استثنائية عامة، وإن كان ذلك لا يقع إلا نادراً، فشرط التراخي فيها هو شرط غالب لا شرط ضروري.

(ب) مقارنة في الجزاء المترتب على النظرية في التقنيات التي أخذت بها:

لدى المقارنة في الجزاء المترتب على نظرية الظروف الطارئة ، في التقنينات الوضعية التي أخذت بالنظرية، نجد أن التقنين الإيطالي جعل الجزاء هنا هو الفسخ، بناء على طلب أحد المتعاقدين، ما لم يدرأ المتعاقد الآخر الفسخ، بعرض تعديل لشروط العقد تتفق مع العدالة.

في حين أن التقنينين (البولوني، والإيطالي) جعلا الجزاء هنا إما رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بتعيين طريقة تنفيذ الالتزام ومقداره، أو فسخ العقد عند الضرورة.

ابيض

الباب الثاني
نظرية الظروف الطارئة
في
الفقه الإسلامي

أبيض

التمهيد:

العقد في الفقه الإسلامي هو: قانون المتعاقدين؛ فلا يفسخ، ولا يعدل إلا باتفاقهما والتراضي بينهما(١)؛ لقوله تعالى:﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ [المائدة: ١] وقوله أيضاً: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [النساء: ٢٩].

ولذلك لا يجوز للقاضي هنا أن يعدّل العقد من غير تراضي المتعاقدين جميعاً(٢).

ومع ذلك نجد في الفقه الإسلامي استثناء على قاعدة: (العقد قانون المتعاقدين)؛ فالفقه الحنفي – مثلاً – يجيز فسخ عقد الإجارة بالعذر(٣). ويذكر ابن رشد المالكي بعض تطبيقاته في أحكام الطوارئ(٤)، والفقه المالكي والحنبلي يجيز ان إنقاص الثمن في الثمار المبيعة قبل جَنْيِهَا بمقدار ما أصابها من جائحة.

ومن هنا نشأت نظرية العذر في الفقه الحنفي – والطوارئ كما سماها ابن رشد المالكي الأندلسي – ونظرية الجوائح في الفقه المالكي والحنبلي، وكلتاهما تخرج على القوة الملزمة للعقد؛ فتؤدي إحداهما إلى فسخ عقد الإجارة، وهى نظرية العذر أو الطوارئ، وتؤدي الأخرى إلى تعديل عقد البيع في الثمار المبيعة قبل جَنْيِهَا وهي نظرية الجوائح(٥).

وإذا كانت النظريتان قد وردتا، الأولى في عقد الإجارة، والثانية في بيع الثمار التي يتلاحق ظهورها دون سائر العقود، فإنه مما يجب أن يلاحظ أن هذين العقدين ينطويان على الاستمرار في التنفيذ، وللمدة فيها دور بارز، وعقود المدة أو العقود المستمرة التنفيذ، أو الدورية التنفيذ هي المجال الواسع لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة (٦).

(١) نظرية الظروف الطارئة، للدكتور عبد السلام الترمانيني ٤٥.
(٢) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، للدكتور عبد الرزاق السنهوري ٥١/٦.
(٣) نظرية الظروف الطارئة، للدكتور عبد السلام الترمانيني ٤٥.
(٤) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد المالكي الأندلسي ١٩٢/٢.
(٥) نظرية الظروف الطارئة، للدكتور عبد السلام الترمانيني ٤٤٠.
(٦) المرجع السابق ٤٦ .

أبيض

الفصل الأول
في أحكام الأعذار أو الطوارئ
وفيه ثلاثة مباحث:

أبيض

المبحث الأول

تعريف العذر أو الطارئ

لقد عرَّف فقهاء الحنفية العذر بأنه (العجز عن المضي على موجب العقد، إلا بتحمل ضرر غير مستحق بالعقد)(١).

وعليه، فإن العذر الذي هذه صفته، هو أمر يُعَجِّزُ المتعاقد عن المضي على موجب العقد، ولكنه لا يجعله مستحيلاً، وإنما يُحَمِّله ضرراً زائداً لم يلتزمه بالعقد، فما كانت هذه صفته كان عذراً (٢).

وقد رتب عليه الفقه الحنفي أحكاماً في عقود الإجارة والمزارعة، والمعاملة سنذكرها في المبحث الثالث من هذا الفصل، عند تفصيل الجزاء في أحكام العذر أو الطوارئ، إن شاء الله تعالى.

المبحث الثاني:

شروط تطبيق أحكام العذر أو الطارئ.

من تعريف العذر في الفقه الحنفي وتطبيقاته المختلفة نستطيع أن نستخلص الشروط التي لابد من توافرها؛ لاعتبار الطارئ عذراً تطبق عليه أحكام العذر أو الطوارئ، ويبدو لنا أن هذه الشروط أربعة وهي :

أولاً : أن يكون العقد من عقود المدة، كعقد الإجارة، أو عقد المزارعة، أو عقد المعاملة . وعقود المدة هي: العقود التي يقع تنفيذها في مدة زمنية، وليس فورياً، وهو شرط مستفاد من طبيعة الإجارة، وعقد العمل.

ثانياً: أن يطرأ بعد العقد، وقبل تنفيذه أو أثناءه عذرٌ يُعَجِّزُ أحد المتعاقدين عن المضي على موجب العقد، فإذا لم يعجزه فلا يكون عذراً.

ثالثاً: أن يصيب أحد المتعاقدين ضرر من جراء المضي على موجب العقد يجعل تنفيذ العقد مرهقاً.

رابعاً: أن يكون هذا الضرر غير مستحق بالعقد؛ فإذا كان مستحقاً بالعقد فلا يكون عذراً.

---

(١) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، لداماد أفندي ٣٩٩/٣.

(٢) تبيين الحقائق شرح كنز الدقاق، للزيلعي ١٤٥/٥ ، والهداية، للمرغيناني، مع نتائج الأفكار، لقاضي زاده، وهي تتمة فتح القدير، للكمال بن الهمام ٢٢٢/٧ .

المبحث الثالث:

الجزاء في العذر أو الطوارئ ودليل مشروعيته.

١- الجزاء في العذر والطوارئ:

لقد رتَّب فقهاء الحنفية على العذر الطارئ - الذي توافرت فيه الشروط السابقة بمقتضى تعريف العذر عندهم - فسخ العقد، في عقود الإجارة، والمزارعة، والمعاملة.

وقد فصل الكاساني أحوال العذر الطارئ في هذه المسألة فقال:

(العذر قد يكون في جانب المستأجِر، وقد يكون في جانب المؤجر ، وقد يكون في جانب المستأجَر.

- **فأما العذر في جانب المستأجِر** : فنحو أن يفلس فيقوم من السوق، أو يريد سفراً أو ينتقل من الحرفة إلى الزراعة، أو من الزراعة إلى التجارة.

لأن المفلس لا ينتفع بالحانوت، فكان في إبقاء العقد من غير استيفاء المنفعة إضرار به ضرراً لم يلتزمه بالعقد ، فلا يجبر عليه.

وإذا عزم على السفر؛ ففي ترك السفر مع العزم عليه ضرر به، وفي إبقاء العقد مع خروجه إلى السفر ضرر به أيضاً ؛ لما فيه من لزوم الأجرة من غير استيفاء المنفعة.

والإعراض عن عمل لا يكون إلا للإعراض عن الأول ، ورغبته عنه، فإن منعناه عن الانتقال أضررنا به، وإن أبقينا العقد بعد الانتقال لألزمنا المؤجر الأجرة من غير استيفاء المنفعة، وفيه ضرر)[١].

ولو استأجر رجلاً ليحفر له بئراً ، فحفر بعضها فوجدها صلبة، أو خرج حجر، أو وجدها رخوة بحيث يخاف التلف، كان عذراً؛ لأنه يعجز عن المضي في موجب العقد إلا بضرر لم يلتزمه بالعقد[٢].

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ١٩٧/٤ .
(٢) المرجع السابق ١٩٧/٤ .

وأما العذر الذي هو في جانب المؤجر : فنحو أن يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه إلا من ثمن المستأجَر من إبل أو عقار، ونحو ذلك. وكذلك لو اشترى شيئاً فآجَرَهُ، ثم اطلع على عيب فيه، فله أن يفسخ الإجارة ويرده بالعيب على بائعه – وإن رضي المستأجِر بالعيب – ويجعل حق الرد بالعيب عذراً له في فسخ الإجارة؛ لأنه لا يقدر على استيفائها إلا بضرر وهو التزام المبيع المعيب(١).

وأما العذر الذي هو في جانب المستأجَر : فمنه بلوغ الصبي المستأجَر الذي آجَرَهُ أبوه، أو جده، أو القاضي، أو أمينه، فبلغ في المدة فهو عذر، إن شاء أمضى الإجارة، وإن شاء فسخ؛ لأن في إبقاء العقد بعد البلوغ ضرراً بالصبي، فيعجز عن المضي في موجب العقد إلا بضرر لم يلتزمه، فكان عذراً(٢).

وكما يفسخ عقد الإجارة بالعذر عند الحنفية، كذلك يفسخ عقد المزارعة والمعاملة بالأعذار أيضاً ، **والمزارعة في الشريعة** : هي عقد على دفع الأشجار إلى من يعمل فيها على أن الثمر بينهما(٣).

وأما المعاملة في عرف الشرع: فهي عبارة عن العقد على العمل ببعض الخارج (٤)، وذلك ما كان من عمل مما يحتاج إليه الشجر، والكرم، والرطب، وأصول الباذنجان من السعي ، وإصلاح النهر، والحفظ ، والتلقيح للنخل(٥).

وأما المعاني التي هي عذر في فسخ المزارعة فأنواع : فبعضها يرجع إلى صاحب الأرض، وبعضها يرجع إلى المزارع.

فأما العذر الذي يرجع إلى صاحب الأرض: فهو الدين الفادح الذي لا قضاء له إلا من ثمن هذه الأرض تباع في الدين، ويفسخ العقد بهذا العذر إذا أمكن الفسخ ، بأن كان قبل الزراعة أو بعدها، إذا أدرك الزرع وبلغ مبلغ

(١) المرجع السابق ١٩٧/٤.
(٢) المرجع السابق ٢٠٠/٤.
(٣) تبيين الحقائق شرح كنز الدقاق للزيلعي ٢٨٤/٥.
(٤) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ١٨٥/٦.
(٥) المرجع السابق ١٨٧/٦.

الحصاد؛ لأنه لا يمكنه المضي في العقد إلا بضرر يلحقه ، فلا يلزمه تحمل الضرر، فيبيع القاضي الأرض بدينه أولاً، ثم يفسخ المزارعة.

وإن لم يمكن الفسخ - بأن كان الزرع لم يدرك، ولم يبلغ مبلغ الحصاد- لا يباع في الدين، ولا يفسخ إلى أن يدرك الزرع[١].

وأما العذر الذي يرجع إلى المزارع : فنحو المرض؛ لأنه معجز عن العمل، والسفر؛ لأنه يحتاج إليه، وترك حرفة إلى حرفة ، لأن من الحرف ما لا يغني من جوع، فيحتاج إلى الانتقال إلى غيره ، ومانع يمنعه من العمل على ما عرف في كتاب الإجارة[٢].

وأما المعاني التي هي عذر في فسخ عقد المعاملة : فهي ما ذكرناه في عقد المزارعة، ومن الأعذار التي هي في جانب العامل في عقد المعاملة، أن يكون سارقاً معروفاً بالسرقة [٣]،يخاف عليه من سرقة السعف والثمر قبل الإدراك؛ لأنه يلزم صاحب الأرض ضرر لم يلتزمه بالعقد فيفسخ فيه[٤].

هذا وقد ذكر الفقيه ابن رشد المالكي مسألة فسخ عقد إجارة الأراضي الزراعية لسبب طارئ ، وذلك في باب أحكام الطوارئ فقال : (وعند مالك أن أرض المطر إذا كريت فمنع القحط من زراعتها أو زرعها، فلم ينبت الزرع لمكان القحط، أن الكراء ينفسخ ، وكذلك إذا استعذرت بالمطر حتى انقضى زمن الزراعة فلم يتمكن المكتري من أن يزرعها)[٥].

كما ذكر ابن قدامة المقدسي من الحنابلة أيضاً مسألة فسخ عقد الإجارة لعذر عام، فقال : (إذا حدث خوف عام يمنع من سكنى ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة، أو تحصر البلد فامتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع ونحو ذلك ، فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ؛ لأنه أمر

(١) المرجع السابق ١٨٣ .
(٢) المرجع السابق ١٨٤/٤.
(٣) المرجع السابق ١٨٨/٤.
(٤) اللباب للميداني بهامش الجوهرة النيرة للحدادي العبادي ٤٧٩/١.
(٥) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد المالكي الأندلسي ١٩٢/٢.

غالب يمنع المستأجر من استيفاء المنفعة فأثبت الخيار كغصب العين. ولو استأجر دابة ليركبها، أو يحمل عليها إلى مكان معين فانقطعت الطريق إليه؛ لخوف حادث، أو اكترى إلى مكة فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق، فلكل واحد منهما فسخ الإجارة، وإن أحب إبقاءها إلى حين إمكان استيفاء المنفعة جاز؛ لأن الحق لهما لا يعدوهما. فأما إن كان الخوف خاصاً بالمستأجر - مثل: أن يخاف وحده لقرب أعدائه من الموضع المستأجر، أو حلولهم في طريقه - لم يملك الفسخ؛ لأنه عذر يختص به لا يمنع استيفاء المنفعة بالكلية؛ فاشبه مرضه(١).

٢- دليل مشروعية الجزاء في العذر أو الطوارئ:

لقد شرح الكاساني من فقهاء الحنفية دليل مشروعية الفسخ، وهو الجزاء في أحكام العذر والطوارئ، فقال:

(إن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر؛ لأنه لو لزم العقد عند تحقيق العذر، للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد، فكان الفسخ في الحقيقة امتناعاً من التزام الضرر، ثم إنكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقل والشرع؛ لأنه يقتضي أن من اشتكى ضرسه فاستأجر رجلاً ليقلعها فسكن الوجع يجبر على القلع، وهذا قبيح عقلاً وشرعاً(٢).

(١) المغني لابن قدامة المقدسي مع الشرح الكبير ٣٠/٦ .
(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ١٩٧/٤ .

أبيض

الفصل الثاني
في
أحكام الجوائح

وفيه ثلاثة مباحث:

أبيض

المبحث الأول

في تعريف الجائحة

لقد وضع فقهاء الشريعة الإسلامية للجائحة تعاريف عدة ، اختلفت في عباراتها، ولكنها متقاربة في مدلولها ومعناها.

فقد عرفها الباجي الأندلسي من المالكية ، فقال: (الجائحة اسم لكل ما يجيح الإنسان وينقصه، إلا أن هذا له عرف في الشرع واللغة، فإذا أطلق فهم منه فساد الثمرة، وهو الذي وضع عمر عن المبتاع قدره من الثمن)(١).

وعرفها ابن رشد المالكي الأندلسي، فقال: (الجائحة ما أصاب الثمرة من السماء ، مثل البرد، والقحط، وضده، والعفن، وأما ما كان من صنع الآدميين فلا يعتبر جائحة، إلا ما كان غالباً كالجيش، وذلك عند بعض أصحاب مالك)(٢) ، (وقال مالك – في الجيش يمرون بالنخل ، فيأخذون ثمرته – : هو جائحة من الجوائح)(٣).

وقال ابن القاسم : (والجراد جائحة عند مالك ، وكذلك البرد، والمطر، والطير الغالب تأتي فتأكل الثمرة، والدود، وعفن الثمار في رؤوس الشجر، والسموم تصيب الثمرة، والعطش يصيب الثمرة من انقطاع مائها، أو السماء احتبست عن الثمرة حتى ماتت، فإن ذلك كله جائحة من الجوائح توضع عن المشتري)(٤).

وقد فصل ابن رشد المالكي الأندلسي القول في الجائحة السماوية، وما كانت من صنع الآدميين ، وبيّن آراء فقهاء المالكية في هذين النوعين، فقال: وأما ما أصاب الثمرة من السماء : مثل البرد ، والقحط ، وضده والعفن، فلا خلاف في المذهب أنه جائحة، وأما العطش فلا خلاف بين الجميع أنه جائحة.

---

(١) المنتقى شرح الموطأ للباجي الأندلسي ٢٣٢/٤.
(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد المالكي الأندلسي ١٥٦/٢.
(٣) المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس الأصبحي ، المجلد الخامس ١٥٦/٢.
(٤) المرجع السابق ، المجلد الخامس ٣٧/١٢ ، ٣٨ .

وأما ما أصاب من صنع الآدميين : فبعض أصحاب مالك رأوه جائحة، وبعضهم لم يره جائحة.

والذين رأوه جائحة انقسموا قسمين: فبعضهم رأى منه جائحة ما كان غالباً كالجيش، ولم ير ما كان منه بمعافصة (وهو الأخذ على غرة) جائحة، مثل السرقة. وبعضهم جعل كل ما يصيب الثمرة من جهة الآدميين جائحة بأي وجه كان.

فمن جعلها في الأمور السماوية فقط اعتمد ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام (أرأيت إن منع الله الثمرة)؟ ومن جعلها في أفعال الآدميين شبَّهها بالأمور السماوية، ومن استثنى اللص قال يُمكن أن يُتَحَفَّظَ منه)[١].

وعليه، فيمكن القول بأن للفقهاء المالكية آراء ثلاثة في الجائحة السماوية، وما كان من صنع الآدميين:

الرأي الأول: يذهب إلى أن الجائحة في الأمور السماوية وحدها.

الرأي الثاني: يذهب إلى أن الجائحة تشمل أيضاً أعمال الآدميين التي لا يمكن التحرز عنها، وكان غالباً، كالجيش.

الرأي الثالث: يذهب إلى أن الجائحة تشمل جميع أعمال الآدميين حتى تلك التي يمكن التحرز منها ما دامت من غير فعل المشتري[٢].

وأما محل الجوائح عند المالكية فهو الثمار والبقول، فأما الثمار فلا خلاف فيها في المذهب ، وأما البقول ففيها خلاف، والأشهر: فيها الجائحة، وإنما اختلفوا في البقول؛ لاختلافهم في تشبيهها بالأصل الذي هو الثمر[٣].

وعَرَّف ابن قدامة المقدسي من الحنابلة الجائحة، فقال: (الجائحة كل آفة لا صنع للآدمي فيها، كالريح، والبرد، والجراد، والعطش)[٤].

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد المالكي الأندلسي ١٥٦/٢.
(٢) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، للدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ١١١/٥.
(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد المالكي الأندلسي ١٥٦/٢.
(٤) المغني، لابن قدامة المقدسي مع الشرح الكبير ٢١٦/٤ .

المبحث الثاني

شروط تطبيق أحكام الجوائح

من خلال التعاريف التي وضعها فقهاء المالكية والحنابلة للجائحة، نستطيع أن نستخلص الشروط التي يلزم توافرها لتطبيق أحكام الجوائح، وذلك على النحو التالي:

أولاً: أن يكون تنفيذ العقد متراخياً ، ومن عقود المدة، عند المالكية والحنابلة، وهو شرط مستفاد من طبيعة نطاق أحكام الجوائح، وهي حالات بيع الثمار على رؤوس الشجر قبل نضجها.

ثانياً: أن تحدث بعد العقد جائحة عامة تصيب المعقود عليه[١]، عند المالكية[١]، والحنابلة[٢]، وهو شرط مستفاد من طبيعة الجائحة عندهم، فالمالكية مثلوا للجائحة بالجراد، والبرد، والمطر، والطير الغالب، والدود، وعفن الثمار في رؤوس الشجر، والسموم تصيب الثمرة، والعطش يصيب الثمرة من انقطاع مائها، أو السماء احتبست عن الثمرة حتى ماتت[٣]، وما كان غالباً كالجيش[٤]، وهذه في أغلبها جوائح عامة، تصيب العموم، ولا تقتصر آثارها على فرد بعينه.

والحنابلة مثلوا للجائحة أيضاً بالريح، والبرد ، والجراد، والعطش، وهى أيضاً جوائح عامة تصيب العموم، ولا تقتصر آثارها على فرد بعينه[٥].

ثالثاً: أن لا يمكن التحفظ من تلك الجائحة.

وهذا الشرط مستفاد من تقسيم ابن رشد عند المالكية للجائحة؛ حيث قسم الجائحة عند فقهاء المالكية إلى ما كان من جهة السماء، وما كان من

(١) المنتقى شرح الموطأ، للباجي الأندلسي ٢٣٢/٤ .
(٢) إعلام الموقعين، لابن القيم الجوزية ١٥٦/٢ .
(٣) المدونة الكبرى، للإمام مالك بن أنس الأصبحي، المجلد الخامس ٣٧/١٢ ، ٣٨.
(٤) المرجع السابق ، المجلد الخامس ٣٨/١٢.
(٥) المغني، لابن قدامة المقدسي مع الشرح الكبير ٢١٦/٤ .

صنع الآدميين، وبَيَّنَ أن ما كان من جهة السماء لا خلاف في المذهب أنه جائحة (وهى أمور لا يمكن التحفظ فيها) ، وأما ما أصابها من جهة الآدميين فبعضهم رأى منه جائحة ما كان غالباً كالجيش، (وهو أمر لا يمكن التحفظ منه أيضاً)، ولذلك لم يعتبر هؤلاء ما كان بمعافصة (وهو الأخذ على غرة) جائحة، مثل السرقة، فاستثنوا اللص وقالوا إنه لا يمكن أن يتحفظ منه(١). وبعضهم جعل كل ما يصيب الثمرة من جهة الآدميين جائحة بأي وجه كان (٢).

وكذلك يستفاد من الأمثلة التي ضربها الحنابلة للجائحة بالريح، والبرد، والجراد، والعطش، أنها جوائح سماوية لا يمكن التحفظ منها أيضاً(٣).

المبحث الثالث

الجزاء في الجوائح ، ومقداره ودليل مشروعيته

١- الجزاء في الجوائح :

الجزاء في الجوائح هو الحكم الذي يطبق في شأنها إذا اجتاحت الثمر فأتلفت بعض محصوله . وقد ذهب المالكية(٤)، والحنابلة(٥)، والشافعي في القديم(٦)، إلى أن ما أهلكته الجوائح هو من ضمان البائع، فيوضع عن المشتري ثمن ما أهلكته الجائحة من ذلك. وذهب الحنفية، والشافعي في الجديد، إلى أن ما أهلكته الجائحة من ضمان المشتري(٧).

٢- مقدار الجزاء في الجوائح:

ذهب المالكية: إلى التمييز في مقدار الجزاء بين ما يخرج من نبات الأرض إذا أصابته الجائحة، إذا كان ثماراً أو بقولاً .

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد المالكي الأندلسي ١٥٦/٢ .
(٢) المرجع السابق / نفس الموضع.
(٣) المغني، لابن قدامة المقدسي مع الشرح الكبير ٢١٦/٤ .
(٤) المدونة الكبرى، للإمام مالك بن أنس ، المجلد الخامس ٢٥/١٢ .
(٥) المغني، لابن قدامة المقدسي مع الشرح الكبير ٢١٥/٤ .
(٦) الموضع السابق / نفس الموضع ، وشرح النووي على صحيح مسلم ٢١٦/١٠ .
(٧) المرجع السابق / نفس الموضع.

(أ) **الثمار والمقاثي**: ذهب المالكية في المدونة: أن الجائحة إذا أصابت الثلث فصاعدا في **المقاثي** وُضِعَ عن المشتري ما أصابته الجائحة[١] ، وكذلك إذا كان مما يخرص مثل الأعناب والنخل[٢] ، وكذلك، الثمار، والفاكهة، والتين، والخوخ، والرمان، والتفاح، وكل ما يكون بطنا بعد بطن[٣] وكذلك الفول الأخضر، وما أشبهه من القطنية التي تؤكل خضراء .

قال مالك : أرى إن أصابت الجائحة الثلث وضع عنه ثلث الثمن؛ لأن هذا ثمرة[٤]. قال مالك: وكل ما اشتري من النخل والعنب **بعدما يبس ويصير زبيباً أو تمراً** أو يستجد ويمكن قطافه فليس فيه جائحة[٥]؛ وذلك لتأخير قطافه بعد نضجه.

(ب) **البقول** : وأما البقول، والكراث، والسلق، وما أشبه هذا، والجزر، والبصل، والفجل، فقد قال مالك: أرى أن يوضع عن المشتري كل شيء أصابته الجائحة منها، قل ذلك أو كثر، ولا ينظر فيه إلى الثلث، وقد ذكر علي بن زياد عن مالك أن البقل إذا بلغت جائحته الثلث وضع عن المشتري، وإن لم يبلغ لم يوضع منه شيء ، قال سحنون : وقد ذكره ابن أشرس عن مالك[٦].

أما الحنابلة: فإنهم لم يفرقوا في تعيين مقدار الجزاء فيما تصيبه الجوائح بين ما يخرج من نبات الأرض سواء ثمارا أو بقولا، إلا أن اعتبار الثلث فيما تصيبه الجائحة أولا، فله في مذهب الحنابلة قولان : فقد قال ابن قدامة المقدسي "**ظاهر المذهب**" : أنه لا فرق بين قليل الجائحة وكثيرها، إلا أن ما جرت العادة بتلف مثله كالشيء اليسير الذي لا ينضبط فلا يلفت إليه، قال أحمد: إني لا أقول في عشر تمرات، ولا عشرين تمرة، ولا أدري ما الثلث ؟ ولكن إذا كانت جائحة تعرف الثلث، أو الربع، أو الخمس توضع. **وفي رواية أخرى**: إن ما كان يعد دون الثلث فهو من ضمان المشتري (ولا يوضع عنه)[٧] وهو مذهب مالك، والشافعي في القديم؛ لأنه لا بد أن يأكل الطير منها، وتنثر الريح ويسقط منها، فلم يكن بد من ضابطٍ وَاحَدٍ فاصل بين ذلك

(١) المدونة الكبرى، للإمام مالك بن أنس ، المجلد الخامس ٢٥/١٢.
(٢) المرجع السابق ، المجلد الخامس ٢٧/١٢.
(٣) المرجع السابق ، المجلد الخامس ٣١/١٢.
(٤) المرجع السابق ، المجلد الخامس ٣٣/١٢.
(٥) المرجع السابق / نفس الموضع.
(٦) المرجع السابق ، المجلد الخامس ٣٢/١٢
(٧) ما بين القوسين زيادة من الباحث للإيضاح.

والجائحة، والثلث قد رأينا الشرع اعتبره في مواضع، منها الوصية، وعطايا المريض. قال أحمد: إنهم يستعملون الثلث في سبع عشرة مسألة، ولأن الثلث في حد الكثرة، وما دونه في حد القلة، بدليل قول النبي ﷺ في الوصية: (**الثلث والثلث كثير**)؛ فيدل هذا على أنه آخر حد الكثرة(١).

ووجه القول الأول: عموم الأحاديث؛ فإن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح، وما دون الثلث داخل فيه، فيجب وضعه؛ و لأن هذه الثمرة لو لم يتم قبضها لكان ما تلف منها من مال البائع. وإن كان قليلا - كالتي على وجه الأرض وما أكله الطير، أو سقط - لا يؤثر في العادة، ولا يسمى جائحة؛ فلا يدخل في الخبر، ولا يمكن التحرز منه؛ فهو معلوم الوجود بحكم العادة، فكأنه مشروط . وإذا ثبت هذا، فإنه إذا تلف شيء له قدر خارج عن العادة وضع من الثمن بقدر الذاهب، فإن تلف الجميع بطل العقد ويرجع المشتري بجميع الثمن(٢).

٣- دليل مشروعية الجزاء في الجوائح :

استدل المالكية والحنابلة والشافعي في القديم على أن ما أهلكته الجوائح هو من ضمان البائع بالسنة النبوية.

أولا: بما رواه مسلم في صحيحه(٣) : (عن أبي الزبير أنه سمع جابر بن عبد الله يقول : قال رسول الله ﷺ : " **لو بعت من أخيك ثمرا، فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا، بم تأخذ مال أخيك بغير حق ؟**") .

ثانيا: بما رواه مسلم أيضا في صحيحه(٤) : عن جابر " أن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح " .

قال ابن قدامة المقدسي - بعد أن ذكر هذه الأدلة -: "وهذا صريح في الحكم؛ فلا يعدل عنه"(٥).

(١) المرجع السابق / نفس الموضع .
(٢) المرجع السابق ٢١٧/٤.
(٣) صحيح مسلم بشرح النووي ٢١٦/١٠.
(٤) المرجع السابق ٢١٧/١٠.
(٥) المغني لابن قدامة المقدسي مع الشرح الكبير ٢١٥/٤ .

- واستدل الحنفية والشافعي في الجديد على أن ما أهلكته الجائحة هو من ضمان المشتري بما روي عن امرأة أتت النبي ﷺ فقالت: إن ابني اشترى ثمرة من فلان فأذهبتها الجائحة فسألته أن يضع عنه فَتَأَلَّى أن لا يفعل، فقال النبي ﷺ: «**تَأَلَّي ألا يفعل خيراً**» ، فقالوا: ولو كان واجبا لأجبره عليه [(١)].

واعترض ابن قدامة المقدسي على هذا الاستدلال، فقال : ولا حجة لهم في حديثهم فإن فعل الواجب خير، فأما الإجبار فلا يفعله ﷺ بمجرد قول المدعي، من غير إقرار من البائع ولا حضور[(٢)].

أقول: قد وجدت في كتاب "أقضية رسول الله ﷺ " لأبي عبد الله محمد بن فرج المالكي المعروف بابن الطلاع المتوفى سنة ٤٩٧ هـ : أخرج الإمام أحمد بإسناده عن عائشة رضي الله عنها قالت:

"دخلت امرأة على النبي ﷺ، فقالت: أي بأبي وأمي، إني ابتعت أنا وابني من فلان ثمر ماله، فأحصيناه وحشدناه ، لا، والذي أكرمك بما أكرمك به، ما أصبنا منه إلا شيئا نأكله في بطوننا، أو نطعمه مسكينا رجاء البركة، فبعثنا عليه، فجئنا نَسْتَوْضِعُه ما نقصنا، فحلف بالله لا يضع لنا شيئا، تَأَلَّى إليه لا يضع خيرا ثلاث مرات، قال : فبلغ ذلك صاحب الثمر، فجاء، فقال: بأبي وأمي ،إن شئت وضعت ما نقصوا، وإن شئت من رأس المال، فوضع لهم ما نقصوا[(٣)].

فظهر أن الحديث يشتمل على بقية المسألة السابقة وتمامها، إن كانت هي نفسها السابقة، وفيه (فوضع لهم ما نقصوا) وهو صريح في وضعه ما نقصته الجائحة هنا عن المشتري، والله أعلم.

(١) المرجع السابق ، نفس الموضع.
(٢) المرجع السابق ٢١٥/٤، ٢١٦.
(٣) أقضية رسول الله صلى الله عليه وسلم للإمام أبي عبد الله محمد بن فرج المالكي المعروف بابن الطلاع ٦٧١.

أبيض

الباب الثالث
في نتائج البحث
وفيه تمهيد، ومبحثان، والخاتمة، ومراجع البحث

أبيض

مقارنة بين أحكام الظروف الطارئة في القانون الوضعي،

وأحكام الأعذار أو الطوارئ والجوائح في الفقه الإسلامي:

تمهيد: لابد لنا – بعد هذا العرض لنظرية الظروف الطارئة وأحكامها في القانون الوضعي وأحكام الأعذار والجوائح في الفقه الإسلامي – أن نصل إلى نتائج البحث في هذا الموضوع الحقوقي الذي تبرز أهميته في الدراسات الحقوقية المعاصرة.

هذا، ويمكننا أن نصل إلى هذه النتائج المهمة، عن طريق المقارنة بين الشروط والجزاء، في كل من نظرية الظروف الطارئة في القانون الوضعي ، وفي أحكام الأعذار والجوائح في الفقه الإسلامي، وذلك في مبحثين اثنين على النحو التالي:

المبحث الأول:

مقارنة الشروط.

١- تشترط نظرية الظروف الطارئة في القانون الوضعي أولا: أن يكون العقد الذي تثار النظرية بشأنه متراخيا.

وفي هذا الشرط تتوافق نظرية الظروف الطارئة مع أحكام الأعذار وأحكام الجوائح في الفقه الإسلامي؛ وذلك أن محل تطبيق نظرية الظروف الطارئة هو عقود التوريد، وهي متراخية التنفيذ، وكذلك محل تطبيق أحكام الأعذار عند الحنفية هو عقود الإجارة، والمزارعة، والمعاملة ، وكذلك محل تطبيق أحكام الجوائح عند المالكية والحنابلة هو عقود بيع الثمار على رؤوس الشجر قبل نضجها لحين نضجها، وجميعُها من عقود المدة، وهي متراخية التنفيذ.

٢- تشترط نظرية الظروف الطارئة ثانيا: أن تجد بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة، مثل: زلزال، أو إضراب مفاجئ، أو ارتفاع باهظ في الأسعار، أو نزول فاحش فيه، أو جراد يزحف أسرابا، وهي بطبيعتها حوادث عامة تصيب العموم.

- **وأما أحكام الأعذار** - ومحلها عند الحنفية عقود الإجارة، والمعاملة العامة، والمزارعة - فلا يشترط الحنفية فيها أن يكون العذر عاما؛ فقد يكون خاصا أيضا؛ وذلك أن العذر عندهم في عقد الإجارة: قد يكون في جانب المستأجِر، وقد يكون في جانب المؤجر ، وقد يكون في جانب المستأجر، وفي عقد المزارعة: قد يكون في جانب صاحب الأرض ، وقد يكون في جانب المزارع. وفي عقد المعاملة: قد يكون في جانب صاحب العمل، وقد يكون في جانب العامل.

- **أما المالكية**: فإنهم يشترطون أن يكون العذر عاما في المواضع التي يأخذون بالعذر فيها، وقد نص عليه ابن رشد في أحكام الطوارئ، فقال : "وعند مالك: أن أرض المطر إذا كريت فمنع القحط من زراعتها، أو زَرعَهَا فلم ينبت الزرع؛ لمكان القحط، أن الكراء ينفسخ، وكذلك إذا استعذرت بالمطر حتى انقضى زمن الزراعة، فلم يتمكن المكتري من أن يزرعها[(١)] . وهذا في المثالين يدل على ضرورة كون العذر عاما عند الملكية.

- **وكذلك الحنابلة أيضا** : يشترطون أن يكون العذر عاما؛ فقد قال ابن قدامة المقدسي: "إذا حدث خوف عام يمنع من سكنى ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة، أو تحصر البلد فامتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع، ونحو ذلك، فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ؛ لأنه أمر غالب يمنع المستأجر من استيفاء المنفعة؛ فأما إذا كان الخوف خاصا بالمستأجر، مثل: أن يخاف وحده لقرب أعدائه من الموضع المستأجر، أو يخاف من حلولهم طريقه، لم يملك الفسخ؛ لأنه عذر يختص به لا يمنع استيفاء المنفعة بالكلية؛ فأشبه الفسخ؛ لأنه عذر يختص به لا يمنع من استيفاء المنفعة بالكلية؛ فأشبه مرضه[(٢)].

بذلك تتوافق نظرية الظروف الطارئة مع أحكام الأعذار والجوائح عند

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد المالكي الأندلسي ١٩٢/٢ .
(٢) المغني لابن قدامة المقدسي مع الشرح الكبير ٣٠/٦ .

المالكية والحنابلة في هذا الشرط وهو العموم ، أما الحنفية فيعتبرون العذر، عاما كان أو خاصا.

- **وأما أحكام الجوائح** - ومحلها عند المالكية والحنابلة بيع الثمار على أصولها قبل نضجها - فهم يشترطون أن تكون الجائحة فيها عامة(١)، وكونها عامة شرط مستفاد من طبيعتها عندهم، فالمالكية مثلوا للجائحة بالجراد، والبرد، والمطر، والطير الغالب، والدود، وعفن الثمار في رؤوس الشجر، والسموم تصيب الثمرة ، والعطش يصيب الثمرة من انقطاع مائها، أو السماء احتبست عن الثمرة حتى ماتت (٢)، وما كان غالبا كالجيش وهي في أغلبها حوائج عامة(٣)، والحنابلة أيضا مثلوا للجائحة بالريح، والبرد، والجراد، والعطش، وهي أيضا جوائح عامة لا تقتصر آثارها على فرد بعينه(٤).

وبذلك تتوافق نظرية الظروف الطارئة مع أحكام الجوائح في هذا الشرط وهو العموم.

٣- تشترط نظرية الظروف الطارئة ثالثا: أن تكون الحوادث الاستثنائية العامة التي وجدت بعد العقد ليس في الوسع توقعها ولا دفعها .

- **أما أحكام العذر عند الحنفية** : فلا يشترط أن يكون العذر غير متوقع عند التعاقد، فقد يكون العذر هنا غير متوقع كما في نظرية الظروف الطارئة، نحو أن يفلس المستأجر فيقوم من السوق(٥) ، وقد يكون متوقعا عند التعاقد، نحو بلوغ الصبي إذا آجره أبوه أو جده ، أو القاضي أو أمينه ، في عمل فبلغ في المدة، فإن شاء أمضى الإجارة وإن شاء فسخ(٦) ، ولكن العذر في الحالتين لا يمكن دفعه؛ لأن المفلس لا ينتفع بالحانوت، وبلوغ الصبي في المدة هو دور تكويني.

---

(١) شرح الموطأ للباجي الأندلسي ٢٣٢/٤.
(٢) المدونة الكبرى للإمام مالك ، المجلد الخامس ، ٣٨،٣٧/١٢.
(٣) المرجع السابق ، المجلد الخامس ٣٨/١٢.
(٤) المغني لابن قدامة المقدسي مع الشرح الكبير ٢١٦/٤.
(٥) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ١٩٧/٤.
(٦) المرجع السابق ، نفس الموضع.

أما الجوائح عند المالكية والحنابلة: فيستفاد من طبيعتها أنها يشترط أن تكون الجائحة التي جدت بعد العقد ليس في الوسع توقعها ولا دفعها؛ فالجراد،والبرد، والمطر، والسماء إذا احتبست عن الثمرة حتى ماتت ، والجيش الغالب ، كلها جوائح ليس في الوسع توقعها، ولا دفعها، أو التحفظ منها.

- وبذلك تتوافق نظرية الظروف الطارئة مع أحكام العذر والجوائح في هذا الشرط وهو عدم التوقع واستحالة الدفع.

٤- تشترط نظرية الظروف الطارئة رابعا: أن تجعل هذه الحوادث العامة تنفيذ الالتزام مرهقا لا مستحيلا.

- وفي هذا الشرط تتوافق نظرية الظروف الطارئة مع أحكام الأعذار وأحكام الجوائح في الفقه الإسلامي.

فالحنفية عرفوا العذر بأنه "العجز عن المضي على موجب العقد، إلا بتحمل ضرر غير مستحق بالعقد " ، فالعذر بهذا التعريف يَعُجِّز المتعاقد عن المضي على موجب العقد، ولكن لا يجعله مستحيلا وإنما يحمل المتعاقد ضررا زائدا لم يلتزمه بالعقد، فيجعل المضي على موجبه مرهقا لا مستحيلا.

وكذلك الجائحة عند المالكية والحنابلة تصيب بعض الثمر قبل نضجه؛ فيوضع عن المشتري بقدرها من الثمن؛ ولذا فالتزام المشتري لقيمتها بالعقد مرهق، له وإن لم يكن مستحيلا(١) وذلك فضلا عن عدم وجوب قيمة ما لم يتسلمه منها في ذمته.

وبذلك تتوافق نظرية الظروف الطارئة مع أحكام الأعذار وأحكام الجوائح في هذا الشرط، وهو إرهاق التنفيذ مع عدم استحالته.

---

(١) راجع المدونة الكبرى للإمام مالك ، المجلد الخامس ٣٨/١٢ ، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد المالكي الأندلسي ١٥٦/٢ ، والمغني لابن قدامة المقدسي مع الشرح الكبير ٢١٦/٤.

المبحث الثاني:

مقارنة في الجزاء

الجـزاء في نظرية الظروف الطارئة في القـانون الوضـعي، يكون برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، وقد يكون بفسخ العقد.

أما رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول فيكون:

- **أما بوقف تنفيـذ العـقد** : حتى يزول الحادث الطارئ إذا كـان وقتيـاً يقدر له الزوال في وقت قصير، وقد ذهب الحنابلة إلى مثل ذلك تقريبـاً، فقال ابن قدامة المقدسي (ولو استأجر دابة ليركبها أو يحمل عليها إلى مكان معين، فانقطعت الطريق إليه لخوف حادث، أو اكترى إلى مكة ، فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق، فلكل واحد منهما فسخ الإجارة، وإن أحب إبقاءها إلى حين إمكان استيفاء المنفعة جاز). وهذا هو عين وقف تنفيذ العـقـد إلـى حـين زوال الحـادث إذا كـان وقـتيـاً كـمـا هو في نظرية الحوادث الطارئة.

وإمـا أن يكون بزيادة الالتـزام المقـابل للالتـزام المرهق: وهي الصـورة المقابلة لوضع مقدار الجائحة من الثمن، عن المشتري المرهق، وتتمثل هذه في جانب البائع الذي يلتزم بتحمل ذلك في الجوائح عند المالكية والحنابلة.

- وإمـا أن يكون بإنقـاص الالتـزام المرهق : وفي ذلك تتـوافق نظرية الظروف الطارئة مع أحكام الجوائح عند المالكية والحنابلة؛ حيث يوضع عن المشتري من الثمن بمقدار ما أصاب ثماره المشتراة من جائحة بالثلث أو دونه، على خلاف في ذلك عند المالكية والحنابلة.

- أما الجزاء بفسخ العقد في نظرية الظروف الطارئة : في القانون الوضعي:

فالتقنين الإيطالي – على سبيل المثال – قد جعل الجزاء هنا الفسخ بناء على طلب أحد المتعاقدين، ما لم يدرأ المتعاقد الآخر الفسخ بعرض تعديل لشروط العقد تتفق مع العدالة، وفى حين أنه في التقنين البولوني، إما

رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، أو فسخ العقد كله، أو الجزء الذي لم ينفذ منه.

- وفى هذا تتفق نظرية الظروف الطارئة مع أحكام العذر في فسخ عقود الإجارة، والمزارعة، والمعاملة عند الحنفية بالعذر. وفى فسخ عقد الإجارة بالطوارئ عند المالكية. وبالعذر عند الحنابلة في الحالات التي يأخذون فيها بالعذر.

وهكذا فإن نظرية الظروف الطارئة تتشابه في كثير من وجوهها مع أحكام العذر والجوائح في الفقه الإسلامي، ويبقى بعدها لقواعد العذر والجوائح فقهها الإسلامي في معالجة هذا الموضوع الحقوقي.

الخاتمة:

وبعد: فإلى هنا ينتهي هذا البحث، والله عز وجل أسأل أن أكون قد وفقت في إعطاء هذا البحث حقه من الدراسة، ولا يسعني إلا أن أختمه بقول العماد الأصفهاني رحمه الله؛ إذ يقول:

(إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتاباً في يومه إلا قال في غده: لو غُيِّرَ هذا كان أحسن، ولو زِيَد كذا لكان يستحسن، ولو قُدِّم هذا لكان أفضل، ولو تُرِكَ هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العِبَر، وهو دليل استيلاء النقص على جملة البشر).

فسبحان من تنزه عن النقص: ﴿**وَلَهُ الْمَثَلُ الأَعْلَىٰ فِي السَّمَوَاتِ وَالأَرْضِ وَهُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ**﴾ [الروم: ٢٧]، وصلى الله على سيدنا محمد النبي الأمي، وعلى آله، وأصحابه، وأتباعه، ومن سار على طريقته، واهتدى بهديه، وعمل بشريعته إلى يوم الدين.

والحمد لله رب العالمين

مراجع البحث:

١- القرآن الكريم.

٢- المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم : وضعه محمد فؤاد عبد الباقي، طبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة ١٣٦٤ هجرية.

أ- كتب في الحديث وشروحه:

٣- صحيح مسلم بشرح النووي : تأليف محي الدين بن شرف النووي ، طبعة مصطفى البابي الحلبي بالقاهرة.

٤- المنتقى شرح موطأ الإمام مالك : تأليف القاضي أبى الوليد، سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث، الباجي الأندلسي، المتوفى سنة ٤٩٤هـ، الطبعة الأولى بمطبعة السعادة بمصر ١٣٣٢هـ.

٥- أقضية رسول الله ﷺ : للإمام أبى عبد الله، محمد بن فرج المالكي، المعروف بابن الطلاع، المتوفى سنة ٤٩٧ هجرية، تحقيق الدكتور محمد ضياء الرحمن الأعظمي، الناشر: دار الكتاب المصري بالقاهرة.

ب- كتب في الفقه :

(فقه الحنفية):

٦- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : للإمام علاء الدين بن أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، الملقب بملك العلماء ، المتوفى سنة ٥٨٧ هجرية، الطبعة الثانية ١٣٩٤ هـ ١٩٧٤م ، الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت – لبنان.

٧- مجمع الأنهر في ملتقى الأبحر ، تأليف الفقيه المحقق عبد الله عبد الرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان ، المعروف؛ داماد أفندي، طبعة المطبعة العامرة باستنبول ١٣١٩ هـ – ١٩١٧م.

٨- نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار تكملة فتح القدير : لشمس الدين أحمد بن قودر ، المعروف بقاضي زادة، وهو تكملة كتاب فتح

القدير للكمال بن الهمام ، طبعة المكتبة التجارية الكبرى بالقاهرة.

٩- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، الطبعة الأولى بالمطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر ١٣١٤ هجرية.

١٠- اللباب : للسيد عبد الغني الشهير بالغنيمي الميداني، تلميذ ابن عابدين صاحب رد المحتار، مطبوع بهامش الجوهرة النيرة، للإمام أبي بكر بن على المعروف بالحدادى العبادي، طبعة استنبول ١٣١٥ هجرية.

(فقه المالكية):

١١- المدونة الكبرى : لإمام دار الهجرة مالك بن أنس الأصبحي ، طبع بمطبعة السعادة، بجوار محافظة مصر سنة ١٣٢٣ هجرية طبعة جديدة بالأوفست، دار صادر بيروت.

١٢- المنتقى شرح موطأ الإمام مالك : تأليف القاضي أبي الوليد سليمان الباجي الأندلسي المتوفى ٤٩٤ هجرية الطبعة الأولى بمطبعة السعادة بمصر، طبعة جديدة، لبنان (ذكر آنفاً في كتب الحديث).

١٣- بداية المجتهد ونهاية المقتصد : تأليف القاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد، القرطبي الأندلسي ، الشهير بابن رشد الحفيد، المتوفى سنة ٥٩٥ هـ، الطبعة الأولى سنة ١٣٢٩هـ بالمطبعة الجمالية بمصر، طبعة الخانجي.

(فقه الحنابلة):

١٤- المغني : للإمام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المتوفى سنة ٦٣٠ هجرية، ومعه الشرح الكبير ، على مذهب الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، طبعة جديدة بالأوفست ١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢م ، الناشر: دار الكتاب العربي ، بيروت - لبنان.

ج: كتب قانونية :

١٥- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد : تأليف الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الطبعة الثانية ١٩٦٤م . دار النهضة العربية - ٣٢ شارع عبد الخالق ثروت - بالقاهرة.

١٦- مصادر الحق في الفقه الإسلامي : تأليف الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، طبعة معهد الدراسات العربية العالية بجامعة الدول العربية بالقاهرة ١٩٥٨م.

١٧- مصادر الالتزام في القانونين (اللبناني، والمصري) : للدكتور عبد المنعم فرج الصدة، دار النهضة ، بيروت ١٩٧٤ ، ص.ب. ٧٤٩.

١٨- نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد : للدكتور أحمد حشمت أبو ستيت، الطبعة الثانية ، بطبعة مصر ١٩٥٤م.

١٩- النظرية العامة للالتزام : للدكتور أبو سلطان ، طبعة دار المعارف بمصر ١٩٦٢م.

٢٠- النظرية العامة للالتزام (نظرية العقد) : للدكتور توفيق حسن فرج ، الناشر المكتب المصري الحديث بالإسكندرية ١٩٦٩م.

د: كتب أوروبية :

21- Droi Civil Francais, par Macel planiol, Georges Ripert , 2 Editon . Tome V1 Obligations, premiere partis, par paul Esmein paris 1952 , Librarie General de droit et de Jurisprudence.

22- Traite de droit Administratif, I, par andre de laudradere, Septieme edition by libraie General de droit et de jurisprudence, Paris 1976,

البهائية ٨